R. executoribus

31 62 131

POR
GVILLEN CLVD,
Y IAQVES CHAVIN,
ALBACEAS DE NICOLAS SEBASTIAN SEN,
EN EL PLEYTO
Con la Casa Pia de la Nacion Flemenca, y Alemana.

N. 1. SVPONESE en el Hecho, que por Agosto del año de 43. Nicolas Sebastian Sen otorgò su testamento, debaxo de cuya disposicion muriò, y hizo muchos legados, y en particular à la Casa Pia le mandò 200. ducados, como parece por la Clausula 10. y diferētes cantidades a viudas, y donzellas Flamēcas, assi desta Ciudad como en Flandes, como parece por las Clausulas 28. 29. 31. 35. 39. 42. 47. 48. 50. 55. 56 57. 69.

2 Y tambien dexò muchas limosnas y legados a muchos Conuētos desta Ciudad, y de Flandes, y instituyò à su alma por heredera, nombrò Albaceas para lo que toca a este Reyno, y otros para lo de Flandes. Y porque las Clausulas que hablan en razon de esto son en las q̃ consiste este pleyto, se ponen a la letra.

CLAVSVLA 71.

3 *Y Para cumplir y pagar lo contenido en este mi testamento, mandas, e legados del, nombro por mis Albaceas testamentarios, y executores del, para lo que toca a las mandas, e legados, y deudas que se me debieren en esta Ciudad, a Guillen Clud, y a Iaques Chauin, y a Enrique Gobarte Senan de Graue, y a Iuan*

A *Ansen*

Anſen, vezinos deſta Ciudad, a los quales, y a cada vno de ellos insolidum doy poder cumplido en mis bienes, para que dellos tomen y vendan la parte que baſte, y cumplan mi teſtamento. Y por quanto el dicho Iuan Anſen al preſente, ſi eſtuuiere impedido por la enfermedad que tiene, vſen del dicho Albaceazgo los dichos Guillen Clud, y Iaques Chauin, y Enrique Gouarte Seuan de Graue, y por razon de ſu trabajo les mando a cada vno de los dichos mis Albaceas que acudieren al dicho mi Albaceazgo dos mil reales de plata doble.

CLAVSVLA 72.

4 Y Para cumplir las mandas y legados que tengo diſpueſto en Flandes, nombro por mis Albaceas e teſtamẽtarios a Franciſco Vanderpiete, y a Martin Vandelare, los quales, e cada vno dellos inſolidum vſen del dicho Albaceazgo, con calidad y condicion, que han de eſtar a la orden de mis Albaceas, que tengo nombrados en Seuilla, embiandoles las cartas de pago de lo que pagaren de las dichas mãdas e legados, para que todo el cumplimiento deſte mi teſtamento, e mandas, e legados del ſea todo vn cuerpo aqui en Seuilla: e por el trabajo que han de auer los dichos Franciſco de Vanderpiete, e Martin Vandelare, les mando a cada vno dellos 50 ducados de plata doble.

CLAVSVLA 73.

5 Y En la dicha forma, e como dicho es, doy poder a los dichos mis Albaceas para cumplir e pagar lo contenido en eſte mi teſtamẽto, e Clauſulas del, e recebir e cobrar en eſta Ciudad de Seuilla los dichos mis Albaceas que dexo nombrados inſolidum, todo lo que ſe me debe, o debiere por eſcrituras, cedulas, o otros qualeſquier recaudos que ſean, de todas qualeſquier perſona, e perſonas, e de ſus bienes, e de quien con derecho puedan y deban, y dar cartas de pago, finiquito y laſtos, y los demas recaudos que conuengan, y chancelar eſcrituras, e otros qualeſquier recaudos, y en lo q̄ no pareciere la paga de preſente, ſe dèn por entregados, renuncien las leyes q̄ conuengan, y hagan todos y qualeſquier autos, juramentos, execuciones, e todo lo demas que ſea neceſſario, que para todo les doy eſte poder cõ toda libre y general adminiſtraciõ, e facultad de ſubſtituir, o reuocar, e ſubſtituir, e nombrar otros, y a todos releuo de coſtas, y

puedan

puedan vsar del cargo deste Albaceazgo todo el tiempo que fuere necessario, no embargante que estè passado el termino del Derecho, e mucho mas, porque yo se lo prorrogo.

CLAVSVLA 74.

6 *E Cumplido e pagado este mi testamento, mandas e legados, del remanente que quedare e fincare de todos mis bienes, titulos, derechos y acciones, assi en esta Ciudad de Seuilla, como en estos Reynos de España, Flandes, y otras partes, dexo e nombro por mi vniuersal heredera a mi alma, atento q̃ no dexo, ni tengo herederos forçosos, ascendientes, ni descendientes que mis bienes deban heredar, para q̃ de lo q̃ quedare del dicho remanente, ruego y encargo a los Albaceas que dexo e nombro en esta Ciudad, que si sobrare bastante cantidad de dinero, y efectos de mis bienes, que dellos instituyã vna Salue Regina, que con su musica se diga en la Capilla de Nuestra Señora de la Antigua de la Sancta Iglesia desta Ciudad de Seuilla todos los Miercoles de cada vna semana del año perpetuamente para siempre jamas, por las tardes despues de las Visperas, con el tañer de las campanas delante, y su Responso despues en fin, con la misma calidad y orden, e institucion, e condiciones, como se canta en la dicha Capilla todos los Sabados del año. E si acaso en lo que restare de mi hazienda no huuiere bastantes efectos, lo conuiertan en otra obra Pia a la disposicion de los dichos mis Albaceas desta Ciudad, o de qualquiera dellos. E si a caso sobrare de la dotacion que mando hazer de la dicha Salue mas hazienda, los dichos mis Albaceas conuiertan lo que restare por mi alma en las obras Pias que les pareciere. Todo lo qual mando en aquella via y forma que mejor aya lugar de derecho.*

7 Tambien se supone, que auiẽdo muerto Nicolas Sebastian Sen, Iuan Ansen, que fue vno de los Albaceas nõbrados, estuuo enfermo y impedido, y Enrique Gobar, que fue otro Albacea muriò, conque quedaron el dicho Guillen Clud, y Iaques Chauin por Albaceas solos, y ellos recogieron la hazienda del difunto, y cobraron las deudas, y hizieron el inuentario, y cumplieron las mandas y los legados, que son 70. y fundaron la Salue.

8 Suponese tambien, que el dicho Iuan Ansen en 10. de Abril del año de 47. otorgò vna escritura, por la qual

hizo

hizo relacion de la disposició que auia hecho el dicho Nicolas Sebastian Sen, como lo auia dexado a el por Albacea, y al dicho Guillē Clud, y Iaques Chauin, y que en poder de los susodichos paraua lo procedido del remanente de los bienes que dexò el difuncto, y para que se cumpla su voluntad, y se hagan las obras Pias que dexò ordenadas, adjudicaua y adjudicò a la Casa Pia de la Nacion Flameca y Alemana, para ella, y los Consules, y los Mayordomos q̄ al presente son, y adelante fuessen, todo el remanente de los bienes y haziéda que auia quedado del dicho Nicolas Sebastian Sen, sin reseruar cosa alguna, para q̄ lo empleen en renta cierta y segura, y de sus reditos se casen todas las donzellas que alcançare cada año, consumiendo todo lo que la dicha renta montare, prefiriendo las hijas de personas de las Naciones Flamenca y Alemana: y a falta de dōzellas de las dichas Naciones, se casen con la dicha renta las donzellas que eligieren los dichos Consules, y Mayordomos, con que sean desta Ciudad, dandole a cada vna la cantidad q̄ les pareciere à los dichos Cōsules y Mayordomos.

9 Y dize, que esta adjudicacion la haze con condiciō, que los Consules y Mayordomos la aceten, y obliguē los bienes de la Casa Pia à cūplirla en todo y por todo, y que no tengan ni adquieran derecho para mudar ni conuertir el dicho remanente en otra ninguna obra Pia, ni alcançaràn Facultad Real ni Pontificia para ello, y si la alcançaren, no valga.

10 Esta adjudicacion no la acetarō los Consules y Mayordomos, ni se presentò en la Casa Pia, y lo q̄ parece es, que el mesmo dia parecieron ante el mesmo Escriuano Nicolas Blome, y Francisco Panique, Mayordomos que dixerō eran de la dicha Casa Pia, y como tales, y en su nombre dixeron que acetauā esta Escritura en todo y por todo, segū y como en ella se contiene.

11 Tambien se supone, que en 6. de Mayo del dicho año de 47 los dichos Guillen Clud, y Iaques Chauin otorgaron Escritura en fabor del Conuēto del Spiritu Sancto de los Clerigos Menores, como tales Albaceas, y insertando las Clausulas, y en virtud de la Facultad que tuuieron del testador, les adjudicarō y aplicaron 5 U. pesos de à ocho reales

de

de plata del remanente que auia quedado de los bienes del 3
dicho testador, para ayuda a comprar casa, o sitio para labrar Iglesia, o casa de habitacion, conque tengan obligacion de dezir vna Missa cãtada todos los años por el alma del testador, con sus Diaconos, tumba, y seys hachas al rededor, y la demas cera y adorno necessario. Y les entregarõ con efecto los dichos cinco mil Pesos, de que se dieron por entregados, y esta escritura la acetò el Conuento con Patente del Prouincial, en que se haze relacion de como estaua ajustado el contrato referido, y esta Patente se dio en Madrid en 30. de Abril del mesmo año de 47. y 2U500. ducados que restauan del remanente, los dichos Guillen Clud, y Iaques Chauin, los aplicaron a la dicha Casa Pia de la Nacion Flamenca y Alemana, cõ cargo y obligacion que quedassen impuestos y situados sobre los bienes y rẽta de la Casa Pia, y que con la renta dellos se casassen dos dõzellas pobres hijas de Flamencos, o Alemanes, dandoles a cada vna cinquenta ducados, y qua ayan de ser hasta segundo grado, conforme a las Ordenanças de la dicha Capilla, y esta escritura la acetaron los Consules y Mayordomos de la dicha Capilla, y Fray Domingo de Bruselas, en virtud del poder que tenian para acetar qualesquiera dotaciones, y obligar los bienes de la Capilla, como los obligaron, y el Escriuano dio fee del Poder, y se apartaron y desistieron de la pretension que tenian contra el remanẽte, por la adjudicaciõ de Iuan Ansen, y esto fue en 17. de Agosto de 47.

12 Tambien se supone, que en 12. de Setiembre del año de 43. se introduxo en el Iuzgado de testamentos el pedir la quenta del cumplimiento del testamento: y alli los dichos Guillen Clud, y Iaques Chauin presentaron el testamento, y almoneda, y fueron pidiendo terminos para recoger la haziẽda, y cũplir el testamẽto, y se les fuerõ dãdo prorrogaciones, y se fue substanciando con los Albaceas, y con el dicho Iuã Ansen, el qual parecio en aquel Iuyzio.

13 Y alegò que se le auia notificado por el Fiscal mostrasse los cumplimientos del testamento del dicho Nicolas Sebastian Sen como su Albacea, y pretendiò que no tenia obligacion de mostrarlos, y assi se auiã de declarar, y que

esta diligēcia se auia de hazer cō los dichos Guillen Clud, y Iaques Chauin, que recibieron todos los dineros, bienes y efectos del difunto, sinque en su poder entrasse ninguna cantidad, y que el solo auia hecho la adjudicacion del remanente de bienes en fabor de la Casa Pia, como constaua de la escritura de adjudicacion que presentô, y que el no podia auer ni cobrar el residuo, y que se cobrasse de los susodichos.

14 Despues se fue prosiguiendo este pleyto con los dichos Guillen Clud, y Iaques Chauin, y presentaron todos los cumplimientos, y las adjudicaciones que auian hecho a la Iglesia del Espiritu Sancto, y a la mesma Casa Pia, y se les tomô la quenta por el Licēciado D. Iuan de Oliber, Abogado desta Real Audiencia, nombrado para esto por el Iuez Eclesiastico: con lo qual en 9. de Mayo deste año de 48. el Iuez Eclesiastico aprobò las quentas, y las adjudicaciones hechas por los dichos Guillen Clud, y Iaques Chauin a la Casa Pia, y a la Iglesia del Espiritu Sancto, y mandò se le tomasse la razon dellas, y los dio por libres.

15 Tambien se supone, que en 13. de Mayo del año passado de 47. Nicolas Blome, y Francisco Panique, como Mayordomos que eran de la Capilla, pusieron demanda a los dichos Guillen Clud, y Iaques Chauin por el remanente, en virtud de la adjudicacion que auia hecho Iuan Ansen, y la presentarō: y para esto pidieron q̄ declarassen quāto montaua el remanente.

16 Y parece que en 4. de Octubre del mesmo año de 47. los mesmos Guillen Clud, y Iaques Chauin se quexaron a la Capilla de la demanda que se les auia puesto, teniendo ellos distribuydo todo el remanente con la aplicaciō que auian hecho a la Iglesia del Epiritu Sancto, y los 2ij. ducados a la Casa Pia, y que lo auian acetado los Consules y Mayordomos, y desistidose de la pretension del remanēte. Y auiendose visto y conferido esto entre todos los de la Nacion, se acordò y resoluiò que el pleyto no se siguiesse, y se boluieron a desistir de la pretension, aprobādo la acetacion y desistimiento que auian hecho los Consules, y Mayordomos, y el Administrador.

17 Con esto los dichos Iaques Chauin, y Guillen Clud preten-

pretendieron que los dichos Francisco Panique, y Nicolas Blome no eran partes, ni tenian obligacion de responder a su demanda, y presentarõ la escritura del apartamiẽto, y huuo executoria en 10. de Março deste año de 48. en que declarò por aora no auer lugar de responder a la dicha demanda.

18 Esto supuesto, en 15. de Mayo deste año las Naciones hizieron pedimiento con poder nueuo que dieron, continuando la demanda que auian puesto Nicolas Blome, y impugnando la adjudicacion que se auia hecho à la Casa del Espiritu Sancto, por dezir que no fueron partes los dichos Iaques Chauin, y Guillen Clud para hazerla, y q̃ auia preuenido Iuan Ansen, y que de qualquier manera la aplicacion que hizo Iuan Ansen fue mas conforme a la volũtad del testador y mas piadosa, y que Guillen Clud, y Iaques Chauin auian ofrecido el aplicar el remanente para casar donzellas, y por no auer hecho vna cosa que pidierõ a la Capilla mudaron de parecer.

19 Aunque Guillen Clud, y Iaques Chauin pretendieron q̃ no auian de responder a esta demanda, huuo executoria, para que respondiessen, como lo hizieron, diziendo que auian de ser dados por libres, porque tenian dada la quẽta ante el Iuez de testamentos, y que estauan aprobadas sus adjudicaciones, y presentaron testimonio en que Iuã Ansen no fue parte para hazer la adjudicacion, porque aunque fue nombrado por Albacea, el testador le quitò el vso, y estuuo impedido, y q̃ ellos preuinieron en el Albaceazgo, porque pusieron cobro en los bienes, y cumplieron todo el testamento, conque preuinieron en el derecho vniuersal, y no se ha de atender a los actos particulares, y la adjudicacion que hizo Iuan Ansen fue afectada y maliciosa, y posterior a la que ellos auian hecho, porque aunque la escritura es anterior, la adjudicacion hecha por Guillen Clud, y Iaques Chauin fue anterior, porque fue por Enero de 47. el contrato quedò perfecto y acabado con los Clerigos Menores, y no se otorgò la escritura entonces esperãdo al Prouincial, y sabiendolo el susodicho hizo la adjudicacion. Sobre todo esto se hizieron probanças, auiendose visto el pleyto por el señor Alcalde Don Iuan de Llanos y

Valdès,

Valdès, y siendo recusado, y acompañado con el Licenciado D. Iuan Duran de Torres, el dicho señor Alcalde pronunciò sentencia, en que adjudicô el remanente a la Casa Pia, en conformidad de la adjudicaciō hecha por el dicho Iuan Ansen, y donde no, a los otros dos Albaceas, a que paguen y restituyā los bienes y dineros del dicho residuo. El Acompañado los dio por libres, y està apelado de ambas sentencias, y visto el pleyto en Vista: y los dos Albaceas pretenden se reuoque la sentencia del señor Alcalde, y se confirme la del Acompañado, por los fundamentos siguientes.

PRIMER FVNDAMENTO.

Que Iuan Ansen no fue executor del testamento.

20 ESTO se funda en la mesma clausula en que fue nōbrado por Albacea, porque auiendolo nombrado el testador a el y a los otros tres insolidū, y dandoles poder paraque tomassen sus bienes, y dellos vendiessen la parte que bastasse, y cumpliessen su testamento. Luego dize: *Y por quanto el dicho Iuan Ansen al presente si estuuiere impedido por enfermedad que tiene, vsen del dicho Albaceazgo los dichos Guillen Clud, y Iaques Chauin, y Enrique Gobarte, y por razō de su trabajo les mando a cada vno de los dichos mis Albaceas que acudieren al dicho mi Albaceazgo, dos mil reales de plata doble.*

21 No es dudable que esta condicion, *si al presente estuuiere enfermo*, se verificò, porque el dicho Iuan Ansen estuuò entōces enfermo y impedido, y no acudio al Albaceazgo, y esto està probado sin contradicion, y lo confiessa la otra parte: con lo qual por volūtad expressa del testador eo ipso que mandò que vsassen los demas, *si estuuiere impedido*, fue visto quitarle del Albaceazgo a Iuā Ansen, y darselo a los demas nombrados, y el legado de los dos mil reales, porq̄ fue correspectiuo, y remuneracion del trabajo del Albaceazgo: assi lo prueba la ley *si plures, cum §. 1.3. ff. de administrat tutorum*, donde auiendo vno nombrado muchos tutores a su hijo en su testamento, mandò que administrasse vno de los nombrados: y resuelue el texto: *Illū debere gerere*

Prætor

Prætor putabit, meritoq; parentis flatur voluntati, qui vtiq; rectè filio prospexit, tantumdem Prætor facit, & de bis quos parens destinabit testamento, ipse autem confirmauit. Vt siparens declarauit quem vellit tutelam administraire, ille solus administret, cæteri igitur tutores non administrabunt: sed erunt hi quos vulgo honorarios appellamus. Y esto mismo procede en los executores Testamentarios, porque se equiparan a los Tutores, *& valet argumentum de vno ad alium,* vt ex pluribus comprobat Carpio *de executorib. lib.1. cap.28. nu.1. 24. 25. 26.* comprobat etiam Baeça *de decima, cap.19. post num.22.* Gutierr. *de tutelis, lib.3. c.45. n.2.* quos refert Galeota *lib.2. controuers.31. n.13.* donde dize, que los Tutores y los Albaceas se equiparan quando los Albaceas tienen libre y general administracion, como aqui: y tambien sunt honorarij, como los Tutores, vt tradit Baldus *cons.123. Reuerendissimus Pater, lib. 5.* refert Tuschus *cons.506. littera E. numero 9. & conclus. 496. num.4. & 9.* Gratianus *discept. 522. numero 16. tom.3.* Y assi claramente se prueba de este texto, q̃ eo ipso que cometiò a los demas la administracion, se la quitò a Iuan Ansen: *quia inclusio vnius est exclusio alterius. l. cum Prætor. ff. de iudicijs, cap. non ne, de præsumptionibus. l. si maritus. C. de procuratoribus,* & ex pluribus comprobat Surd. *decis. 202. num. 12.* Galeota *lib.2. controuers. 64. num. 8. & 9.* copiosè Angelus *cons.375. per totum, præcipuè num. 10. & 13.* donde dize, *quod in habentibus parem iurisdictionem, si commissum est aliquid speciale alicui, cæteris intelligitur iurisdictio denegata,* como aqui, pues todos tenian igual jurisdicion y potestad, pues les auia dado poder insolidum, y eo ipso que mandò que vsassen los demas, fue visto quitarle y reuocarle el poder a Iuan Ansen.

12 Y no obstarâ dezir contra esto; que no parece que el Testador tuuo intencion de quitarle el oficio y el vso a Iuan Ansen perpetuamente, sino por entonces, por estar impedido, y mientras durasse el impedimento; porq̃ esto no procede quando el testador expressamente da a vno sub conditione lo que le auia dado a otro, *purè tunc plenè recessum videtur à primo si conditio extiterit. l. quod si alijs 17. ff. de adimend. legat.* y esto fue propriamente lo q̃ aqui passò, que el Testador no tuuo voluntad de quitar in totum el

 Alba-

Albaceazgo a Iuan Ansen, y por esso se lo quitô sub conditione, *si estuuiere impedido al presente*: y auiẽdose verificado la condicion porque lo estuuo, nunca pudo reintegrarse en el Albaceazgo, ni en el legado, aunq̃ cessasse despues el impedimento, porque basta que al tiempo de la muerte lo huuiesse, mayormente no auiendo el testador hecho esta disposicion con palabras limitadas ni temporales, porque no dixo que vsassen mientras estuuiesse impedido Iuan Ansen, sino que si al presente estuuiere impedido por la enfermedad que tiene, vsassen los demas: y segun esto el testador solo quiso que al presente estuuiesse impedido, y esto bastò para verificarse la condicion, y vna vez verificada, surtiò efecto, y los demas Albaceas quedaron con todo el Albaceazgo que les diò el testador, con aquella condicion. *Sufficit enim conditionis implementum per momentum durare, vt locum habeat dispositio, licèt implementum non duret .l.1. C.de instit.& substitut.l.in substitutione.ff.de vulgar.l.mulier, §.quis hereditarijs, de condit.institution.* vbi Bart. *& in .l. Meuius, in princip.de condit.l.quidã cum filius.ff.de verb.oblig.& est text.in.l.haeredibus, in princip.ff.ad Trebelian.* latè comprobat ex pluribus Surd.*cons.137.n.20.tom.2.* Merlino *controuers.50.num.13.*

23 Y no se ha de presumir que el testador mudò de voluntad, en caso que cessasse el impedimento, porque auiendo excluydo a Iuan Ansen vna vez, semper cẽsetur exclusus; y quien pretendiere lo contrario, lo hà de probar; y aqui nos fundamos en voluntad expressa de exclusion. Y supuesto que este caso no està preuenido expressamente por el testador, remanet dispositioni iuris cõmunis: y conforme a Derecho, aunq̃ cessasse el impedimento, no pudiera bolver a vsar el oficio de Albacea, etiam aunque el Testador no se lo huuiera quitado: porque siendo Albacea insolidum, y estando impedido al tiempo que se començò el vso del Albaceazgo, quedò priuado por el impedimento para siempre, aunque despues cessasse el impedimẽto, como se prueba de la *.l.6.tit.10.p.6.vbi gloss.5.l.38.Tauri, hodie.l.12.tit.7.lib.5.Recop.* ibi: *No quisieren, o no pudieren vsar del dicho poder, quede por entero a los otros.* Donde nota Matienço *gloss.2.quod priuantur officio, & totum accrescit caeteris*, latè

Carp.

Carp. *de execut. lib. 3. cap. 2 num. 9.* comprobat Gratianus *discept. 522. tom. 3 num. 1. vsque ad 7.* donde resuelue, que el oficio del Albaceazgo se acresce a los demas Albaceas faltãdo el vno, y q̃ esto procede no solo en meros executores, sino *in declaratoribus voluntatis alienæ, siuè electoribus personæ. um:* idem tenet *discept. 329. n. 20. tom. 2.* y esto procede aunque sean Albaceas insolidum, como aqui, vt est textus expressus *in cap. si duo, de procuratoribus in 6.* donde se dispone, que siendo los Procuradores insolidũ, el q̃ preuiene y preocupa debe ser preferido, y el otro no se puede entrometer mas en el negocio, etiam aunque estèn nombrados *cum clausula quod non fiat melior conditio occupãtis*, y aun auiendo esta clausula, dize el texto, que no se puede entrometer el que no preocupô, sino es q̃ el primero enferma, o ausenta, o muere sin dexar substituto, que en qualquiera destos casos podrà el segundo proseguir el negocio en q̃ preuino por el otro. Y luego prosigue el §. *Cæterum*, disponiendo en los terminos deste pleyto, hoc est, si cessando el impedimento del primero podrà reassumir, y proseguir en el negocio excluyendo al segundo. Y resuelue que no, vt patet ibi: *Cæterum vbi nullo substituto alter suscipit negotium prosequendum, is qui occupauit primitus, ipsum resumere postea impedimento cessante nequiuit*: y assi aunque no huuiera expressa voluntad, y exclusion del Testador, este fundamento bastàra para vẽcer este pleyto, pues por el impedimento que tuuo Iuan Ansen al principio, quedò excluido demanera, que aũque cessara el impedimẽto, no puede reassumir la potestad de Albacea: y con esto no era necessario passar a la disputa de la preocupacion.

SEGVNDO FVNDAMENTO.

Aunque no estuuiera quitado el vso de Albaceazgo a Iuan Ansen, se priuô del por la preocupacion de los demas Albaceas.

24 EN esta materia de Albaceazgo procede la disposicion del capitulo *si duo, de procurat. in 6.* que habla en Procuradores insolidum, y resuelue, que por la preocupacion del

del vno, queda priuado para siempre el otro, como se ha dicho: ita ex pluribus comprobat Gratianus *disceptat. 201. tom. 2. num. 3.* Barbosa *in dict. cap. si duo, num. 1. & 5.* comprobat Beroius *consil. 20. numero 4. tom. 3.* donde dize: *Quod quando exercitium iurisdictionis est penes quemlibet insolidum, est locus praeuentioni, & praeocupationi, & ille qui praeuenit solus alijs exclusis poterit cognoscere, & percipere emolumenta, & non alij:* Arg. *textus in l. 1. ff. de off. Proconsul. l. penult. ff. de iur. omn. iud.* ipse Beroius *cons. 109. num. 8. vol. 3. & cons. 22. num. 26. vol. 1.* latissimè Carleual *de iudic. disputat. 20. q. 7. sect. 8. lib. 1. tit. 1. num. 899.* Y esto mismo procede en muchoc executores nombrados *insolidum, quia vno praeueniente, & praeocupante, alij habent ligatas manus,* Federicus de Senis *cons. 230. venit ad me per totum,* refert Tuschus *cons. 536. litera E. nu. 1. & 3. conclus. 519. litt. P. num. 4. & 5.* Y los Albaceas son executores, y Procuradores testamentarios post mortem, secundum Bald. *in l. quae fortuitis, columna 7. C. de pignoratitia actione,* quae refert & sequitur glos. 4. *l. 1. tit. 10. partit. 6.* & ipse Bald. *cõs. 456. inter alia, sub num. 2.* vers. *Sed non est non ñ, lib. 4.* Lapus *allegat. 91. n. 6.* Galeota *lib. 2. controuers. 32. n. 1.* Carpio *de executoribus, lib. 3. c. 9. n. 23. & 27.*

25 La duda que se ofreciò a la Vista deste pleyto fuè, si la preuencion, y preocupacion què hizieron Guillen Clud, y Iaques Chauin obrô en todo el cumplimiento vniuersal del testamento, o solo en aquellos actos que ellos hizieron y executaron, y si en la aplicacion del remanente es necessario q̃ aya preuencion, y preocupacion particular?

26 Pero a esto se responde, que en los terminos deste pleyto los Albaceas fueron executores insolidum, y vniuersales de todo el Testamento, en que se comprehenden los legados particulares, y los mixtos, y el Testador cometio la execucion de todo a sus Albaceas indiuidua, e inseparablemente tanquam vnum corpus, y no quisò que huuiesse preocupacion particular en nada, sino que preocupando vna vez en la execucion del Testamento, se adquiriesse insolidum el vso del Albaceazgo prout ius vniuersale: y esto se prueba de las Clausulas, que son las leyes por donde se ha de determinar este pleyto. El Testador nombrò para la execucion de sus legados, Albaceas en esta Ciudad, y Albaceas

ceas en Flandes, porque en ambas partes hizo legados, y los de esta Ciudad los nombra en la Clausula 71. ibi: *Y para cumplir y pagar lo contenido en este mi Testamento, mandas y legados, nombro por mis Albaceas Testamentarios, y Executores del, para lo que toca a las mandas, legados, y deudas que se me debieren en esta Ciudad, &c.* Y luego dize: *A los quales, y a cada vno dellos insolidum doy poder cumplido en mis bienes, para que de ellos tomen y vendan la parte que baste, y cumplan mi Testamento.* Y luego manda dos mil reales de plata a cada vno de los dichos sus Albaceas que acudieren al dicho su Albaceazgo, por razon de su trabajo.

27 Luego prosigue en la Clausula 72. nombrando los Albaceas de Flandes tambien insolidum, y dize assi: *Con calidad y condicion, que han de estar a la orden de mis Albaceas q̃ tẽgo nombrados en Seuilla, embiandoles las cartas de pago de lo que pagaren, para que todo el cumplimiento de este mi Testamento, e mãdas y legados del sea todo vn cuerpo aqui en Seuilla.*

28 Y luego prosigue diziendo: *Y en la dicha forma, como dicho es, doy poder a los dichos mis Albaceas para cumplir y pagar lo contenido en este mi Testamento y Clausulas, &c.* Y les da poder amplissimo con libre y general administracion para cobrar sus bienes.

29 De estas clausulas consta con claridad, que el Testador no quiso diuidir la execucion de su Testamento, sino que cada vno fuesse Executor vniuersal insolidum de todo el Testamento, clausulas y legados, y que todo el cumplimiẽto fuesse vn cuerpo, y por esso les mandò 2U. reales de Plata por el trabajo que auiã de tener en acudir a su Albaceazgo.

30 La palabra, *todo vn cuerpo*, denota vnidad indiuidua y inseparable, porque de tres generos se dize cuerpo, como difiniò el Consulto en la *l. rerum mixtura. ff. de vsucap.* El primero es indiuiduo, quod continetur vno spiritu, como el hombre, el madero, y la piedra, y otras cosas semejantes, que no tienen diuision, ni mixtura alguna, como lo aduierte la glossa, verbo, *similia*, explicando que son *species, vel indiuidua, in quibus non cadit rerum mixtura.* El segundo es aquel que se compone *ex contingentibus, hoc quod constat ex pluribus ex se cohærentibus*, como el Edificio, y la Nao, que hecho y acabado toma forma y cuerpo, *totũ integrale*, como

dize la glossa, verbo, *vocatur*. El tercero es, *quod ex distinctantibus constat, vt corpora plura non soluta, sed vni nomine subiecti, veluti Populus, Legio, Grex, Collegium*, y este dize la glossa, verbo, *non soluta, quod dicitur Vniuersalitas*. Y assi *vtcumque sit*, auiendo dicho el Testador, que el cumplimiento de este Albaceazgo sea todo vn cuerpo, quiso q fuesse indiuiduo, inseparable, y que se considerasse todo junto no cada Clausula de por si, pues cada vna no haze cuerpo, sino todas juntas lo constituyen integrale, como la Casa, o la Nao, que se compone de diuersas especies, y no se considera ninguna de por si, sino todas juntas, y indiuiduas en el cuerpo entero, y por esso dixo vn cuerpo, para declarar la vnion, y excluir la separació, que esso significa la palabra, *vno. l. 1. si filiusfamilias. ff. de separat.* ibi: *Confussis bonis, & vnitis separatio impetrari non potest.* Y tambien dixo: *Todo el cumplimiento, mandas y legados sea todo vn cuerpo*: aquella geminació de la palabra, *todo*, que es vniuersal, prueba la volũtad enixa. *l. Balista, cum similibus. ff. ad Trebel. & nihil excludit.*

33 Compruebase esto con auer nombrado los Albaceas para cumplir su testamento, clausulas y legados, y repetidolo muchas vezes vsando destas palabras, *Cumplan, cumplimiento, y Albaceazgo*, y les dio el legado por el trabajo del. Y estas palabras todas son vniuersales y genericas, que comprehéden en si todas las clausulas del cũplimiento, y las especies particulares del, por naturaleza de las palabras vniuersales, como *Hæreditas, iurisdictio, y adoptio*, y otras semejantes, que son vniuersales y generalissimas, *& accipiuntur pro genere & pro specie*, vt in terminis comprobat Carpio, *de executoribus, cap. 1. præcipuè num. 17. vsque 20*, donde dize que esto mismo procede en la palabra *Executor, quæ accipitur pro genere & pro specie sub genere contenta*, veluti el Executor mero y mixto: y el Comissario, que todas son especies particulares de la palabra *Executor, o execucion, cumplimiento, o Albaceazgo*, que todo es vno. Y en el *num. 25*. para comprehenderlo todo, dize, *Quod Executor est ille qui est nominatus, seu iure constitutus, primo & principaliter ad exequendam voluntatem testatoris, vel ad eius extremæ voluntatis ordinationem, & dispositionem.* Y en este sentido hablô y nombrô el Testador los Albaceas, cóprehendiendo en el nombramiento todas las especies de

execu-

execucion, sin diuision ni separacion alguna, y por esso los nombrò para el cumplimiento, y quiso que fuesse el Albaceazgo todo vn cuerpo indiuiduo, compuesto de todas las especies de execucion, y que cada vno fuesse Executor vniuersal in solidum de todo, assi lo mero, como lo mixto.

34 Y que fuessen Executores vniuersales no es dudable, porque instituyò a su alma por heredera, y mandò conuertir el remanente de sus bienes en obras Pias a su voluntad. *Vniuersales executores sunt quando testator nullos hæredes instituit in specie, sed pauperes Iesu Christi, vel aliquem locum pium: & huiusmodi executores habent nomen hæredis, & censentur omnibus modis hæredes. l. id quod pauperibus. l. si quis ad declinandum. C. de Episcopis, & Clericis. Particulares verò executores sunt qui simul cum alijs hæredibus in testamento scribuntur ad executionem rerum suarum, vt in. l. alio hærede. ff. de aliment. & cibar. legat.* Latè comprobat Guidus PanciroIus *in suo thesauro variarum lectionum, lib. 3. cap. 21.* donde dize que ay dos generos de executores testamentarios. El primero es, quando *nullo scripto hærede, bona defuncti curare, & incertos vsus conuertere iubentur, & hi quod ad administrationem attinet, hæredum locum obtinent. Secundum qui scriptis hæredibus testamenti curam haberi rogantur, & ministri à Iurisconsultis nuncupantur, vt in. l. si quis Titio, de legat. 2. & in. l. annua. §. Actia, de annuis legatis,* tradit Molinus *controuersarum forensium, cap. 84. num. 6. & 7.* Valascus *consultatione 68.* Speculat. *tit. de instrumētor. l. dictione. §. nunc vero aliqua, num. 22. & 26. vers. 27. vsque ad num. 30.* probat Galeota *lib. 2 controuers. 31. num. 4. & seqq.* donde resuelue, que el Albacea que tiene poder cum libera potestate, est Executor siue Procurator generalis. Antonius Gomez *variar. tom. 1. cap. 12. num. 12.* donde resuelue, que los Albaceas vniuersales ad distribuendum bona inter pauperes habēt amplissimā potestatem. Spino *in speculo testamentorum, gloss. 28. nu. 30. & 31.* ipse Galeota *vbi proximè num. 15.* donde dize, que el executor mixto, *vt verus hæres, omnia potest quæ hæredi, & domino licent, & factum ipsius executoris in omnibus factus testatoris reputatur,* latè Carpio *de executoribus, cap. 9. lib. 3. per totum, præcipuè num. 20.* vbi ait: *Quod commissarius vniuersalis, siue in testamento ad pias causas, siuè ad non pias, habetur loco hæredis ad hoc, vt tanquam mandatarius agere, & conueniri valeat.* Y en el

num,

num. 25. dize, que *principaliter ei executio, & distributio, & dispositio postremæ voluntatis iniungitur.*

35 Desto resulta, que Guillé Clud, y Iaques Chauin preocuparon este Albaceazgo eo ipso que aprehendieron los bienes del Testador, porque la preocupacion no consiste en la execucion, ni en los legados ciertos, ni en la aplicació de las obras Pias, porque esto no es començar ni preuenir, sino acabar y perficionar el cumplimiento: la aprehésion, y ocupacion de los bienes es el primer passo del Albaceazgo, de tal manera, que el Albacea que no los huuiere ocupado, no puede cumplir el Albaceazgo, porque sino tiene en su poder los bienes, no puede pagar los legados particulares en que es mero executor, ni cumplir los legados en q tuuiere arbitrio, pues en estos es mixto, y aunque arbitrie no puede executar su arbitrio, y el Testador no cometiò estas cosas con separacion, pues no dixo que arbitrassen vnos, y executassen otros, sino simul & semel a cada vno, y lo primero por donde començò fue por la ocupacion de los bienes, vt patet de la Clausula 71. ibi: *Y para cumplir y pagar lo contenido en este mi Testamento, nombro, &c.* Et ibi: *Y les doy poder cumplido en mis bienes, para que dellos tomen y vendan la parte que baste, y cumplan mi Testamẽto.* Y en la Clausula 74. donde instituye su alma por heredera en lo que quedare del remanente, dize: *Ruego y encargo a los Albaceas que dexo nombrados, que si sobrare bastante cantidad de dinero, y efectos de mis bienes, que dellos instituyan vna Salue, &c. Y sino huuiere bastante efecto, lo conuiertan en otra obra Pia, a la dispo sicion de los dichos mis Albaceas, ò de qualquier dellos: y si acaso sobrare de la dicha dotacion mas hazienda, los dichos mis Albaceas conuiertan lo que restare en las obras Pirs que les pareciere.*

36 En todas estas Clausulas habla el Testador con los Albaceas que ocuparen sus bienes, y destos les dize q̃ funden la Salue, y conuiertan lo que restare de su hazienda en las obras Pias que les pareciere, y assi este arbitrio se lo dio a los mesmos que auian de cumplir y executar su Testaméto con efecto, y no lo diuidiò, ni quiso que vno tuuiesse el arbitrio, y otro el dinero, sino que assistiesse quié tuuiesse el resto de la hazienda, y lo auia de cõuertir: porq̃ aquellas palabras, *que les pareciere*, est qualitas adiuncta, verbo, *conuiertan,*

uiertan,

uiertan, & intelligitur secundum verbum, hoc est, con los Albaceas en quien paraua el resto que mandô conuertir.

37 Y esto se prueba euidentemente por la Clausula del legado de los Albaceas, pues auiendo dicho, que si estuuiesse impedido Iuan Ansen, vsassen los demas, les mãdo 2U. reales a cada vno de los que acudiessen a su Albaceazgo por razon de su trabajo, y en esto no se comprehẽdiô Iuan Ansen, porque el no acudiô ni pudo, y por la mesma razon tampoco le cometiò la eleccion de las obras Pias, sino a los Albaceas a quien les dexò los 2U. reales por su trabajo, y esto no fue solo por la eleccion, pues elegir poco trabajo era, sino por lo que acabaua de dezir, que era darles poder en sus bienes para que los vendiessen, y cumpliessen su Testamento, y assi la prevencion consistiô en la ocupacion de los bienes, conforme a la orden de la letra de las Clausulas, y al contexto de todas ellas, y no ay mejor interpretacion que la que se haze de vnas con otras *l. quotiẽs duobus, ff. de vsufruct. vbi ordo scripturæ designat ordinem voluntatis*, de quo latè Felinus *in cap. dilecta, verbo, Ordo scripturæ, num. 4. & seqq. de rescriptis*, tenet in specie Gutierrez *cons. 26. num. 9. & seqq.* donde habla en terminos de vn Testador que hizo vn legado para casar pobres parientas, y dize, que la calidad de la pobreça fue preferida en su mente, porque la nombrò primero, y assi aqui: lo primero para que nõbrò Albaceas, y les dio el poder, fue para que tomassen sus bienes, y cumpliessen su testamento, y el Albacea que no cumpliò esta forma no puede cumplir el testamento, ni preocupar, y lo demas fuera contrauenir, y prepostérar, y hazer diuiduo el mandato contra la voluntad de el Testador, que quiso que el tomar los bienes, y cumplir el Testamento fuesse todo vno, y no se puede verificar vno sin otro, porque lo dexò copulatiuè por la diccion, &. Tradit Dom. Valençuela *in specie, cons. 176. num. 11. ex l. diligenter. ff. mand. cum alijs, & numero 30.* donde resuelue: *Quod quando aliquid est faciendum cõiunctim, nõ potest fieri disiunctim, & separatim*: maximè en este caso, donde el tomar los bienes, y cũplir el testamento fuit copulatiuê, & ad veritatem copulæ requiritur vtriusque concursus *l. si hæredi plures. ff. de condit. institut. & plura simul copulata habentur pro vno.* Iason *in. l. 1. num. 2. ff. de iust. &*

iure,decis.Pedemontana 71.*num.*66.Bartol *in* §.*consideremus, circa medium,in Authentico de triente,& semisse,& ante eum voluit gloss.in* §.*discretis,in vers.vntias,in Authentico quibus modis naturales efficiatur sui*. Tradit Surd.*de aliment.tit.*2.*q.*7.*n.*1.& 2.& *tit.*7.*q.*2.*n.*2.& 3.Ioann.Gutierr.*dicto cons.* 26.*num.*1.& *seqq.*donde habla en terminos de disposicion Testamentaria, en que en el Testador hizo vn legado con dos calidades copulatiuè; y resuelue, que el Executor no puede omitir la vna, porque contrauiene a la voluntad del Testador, y a la forma que dio.

38 Y assi el nombramiento y poder de los Albaceas fue indiuiduo, y inseparable de entrar en los bienes, y cumplir el Testamento; y en la mente del Testador, lo primero fue la ocupacion de los bienes, y para esso les dio el poder tan amplio, para que pudiessen entrar por su propria autoridad, y esso quiere dezir: *Doyles poder en mis bienes, para q̃ dellos tomen, y vendam, y cumplan mi Testamento.* Ita in specie tradit Ioannes Antonius Bellonus *de iure accrescendi, cap.*7.*q.*14.*tom.*2.*num.*57.donde dize, que quando el Testador manda que sus Albaceas y Executores *accipiant bona sua,& distribuant inter pauperes, censetur eos vocasse per verbũ accipiant, quod est directum,& denotat debere eos capere bona propria authoritate, non de manu alterius*. Y en el num.58.dize, que esto procede sin duda quando no ay heredero escrito; *quia tunc cum eis assignentur bona inter pauperes distribuẽda, talis assignatio vim vniuersalis institutionis habet l.his verbis* 48.*in princip.ff.de hæredibus instituendis, quam obrem eos censentur hæredes instituti*; comprobat etiam Beroius *cons.*22.*num.*14.*volum.*1.donde dize: *Quod quando in generali concessione comprehendũtur aliqua diuersa simul,& semel,& committuntur alicui Iudici ordinario, in omnibus habet iurisdictionem ordinariam, ex eo quod semel conceduntur, etiam in illis quæ requirunt speciale mãdatum: secus verò quando committuntur ex interuallo,& diuisim,& requirunt specialem commissionem, quia tunc censetur esse delegatus quoad illa.* Y assi supuesto que aqui se dio poder a los Albaceas in solidum para tomar los bienes, y cumplir el testamento simul, & semel, no se puede diuidir lo vno de lo otro, y quiẽ hizo lo vno, adquiriò el derecho para lo otro, y preuino real y verdaderamente en el mandato, Comprobat latê

Ioan-

Ioannes Garcia *de benefic.part.5. cap.8 ex num.40. vsque 46.* donde resuelue, que quãdo se cometẽ diuersas cosas, simul, & semel, & non diuisim, es sola vna comision, y mãdato indiuiduo.

39 Cæterum, supuesto que los Albaceas de que hablamos, censentur hæredes vniuersales, quoad executionem volũtatis testatoris, procede en ellos lo mismo que en los herederos proprios y verdaderos, y assi les compete el interdicto adipiscendæ, y el remedio de la *l. fin. C. Diui Adriani toll.* vt ex pluribus comprobat Menoch. *de adipiscend. remed. 4. num. 167. vsque ad 169.* Carpio *de executor. lib. 3. cap. 9. nu. 16. & 17.* y tambien les compete el interdicto retinendæ, vt ex pluribus comprobat ipse Menoch. *de retinend. remedio 3. num. 64.* Carpio *vbi proximè.* Galeota *dict. controuers. 32. n. 4. cum seqq.* donde habla en Albacea que tiene poder cum libera aun auiendo heredero instituydo. Y para adquirir el derecho del Albaceazgo y de la herencia, lo auian de acetar precissamente como qualquiera heredero proprietario: porq no se adquieren los derechos de la herencia sino se aceta, y esto procede en qualquiera Administrador, Tutor, ô Procurador que ha menester acetar, aut expressè, vel tacitè se immiscendo, vt in specie comprobat Gutierrez *de tutel. 3. p. cap. 45. num. 13. & 14.* donde habla en acetaciõ de Albaceas, y como se induze: Thom. Sanch. *lib. 4. c. 1. dub. 42. n. 7.* y siendo acetaciõ vniuersal y hereditaria no se puede diuidir: *l. 1. de acquirend. hæredit.* ibi: *Qui totam hæreditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.*

40 Y assi no pudo Iuan Ansen acetar el Albaceazgo solo para la eleccion de las obras Pias, no auiendolo acetado, n vsadolo en lo demas: *Nam si quis ex pluribus partibus in eiusdẽ hæreditate institutus sit, nõ potest quasdã partes repudiare, quasdam agnoscere. l. 2. ff. de adquir. hæredit.* y quando huuiesse acetado Iuã Ansen igualmente como los demas, entraua luego la questiõ de la preocupaciõ, porque no bastaria la acetacion mental, sino la real y efectiua, aprehendiendo los bienes, y executãdo con efecto, como lo hizieron Guillen Clud, y Iaques Chauin, que aprehendieron los bienes como tales herederos y Albaceas, conque acetaron la herencia y Albaceazgo *l. pro hærede ff. de acquirend. hæreditate*, & in terminis

minis testamentarioru̅ tradit Gratiano *discept.329.nu.22.* *tom.2.*ibi: *Ita vt dicatur incepisse agere quando se immiscuit executioni*, latè Gutierr.*de tutel. dict.cap.45.nu.13. & 14.* ten et Thom.Sanch.*dicto lib.4.cap.1.dub.42.n.7.*

41 Y con solo estar nombrados por Albaceas insolidum, y auer acetado el Albaceazgo y la herencia, cõ la inmixtion y la execucion, Guillen Clud, y Iaques Chauin adquiriero̅ todos los derechos y acciones del Albaceazgo, y herencia vniuersaliter *.l.cum hæredes.ff.de acquirend.vel amittend.possessione*, ibi: *Cum hæredes instituti sumus addita hæreditate, omnia quidem iura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.* Sic tenet, & cõprobat Antonius Gomez *variar.cap.2.num.1.* Y pues aprehendieron los bienes todos, preocuparon el derecho vniuersal de todo el Albaceazgo: *Quia possessio non tantùm corporis, sed & iuris est, & postquam est adquisita & producta inesse, est ius intellectuale, & inuisibile, & non factum*, vt ex pluribus comprobat Antonius Gomez *in l.45. Tauri, num.17. in fine, & num.18.*

42 Supuesta esta doctrina, que es regular y cierta, no auie̅do acetado, ni hecho ningun acto Iuan Ansen, no pudo adquirir nada, y quedò priuado totalmente del Albaceazgo, porque quando se acordô de aplicar el remanente de los bienes, tres años antes auian preocupado los otros con la aprehension, que es en lo que consiste la verdadera preuencion y preocupacion, de que habla el *capit. si duo, de procuratoribus, in 6.* y se prueba expressamente en la *l.quotiens. C. de rei vindicatione*, ibi: *Quotiens duobus insolidum prædium iure distrahitur, manifesti iuris est eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.* Optimus tex. in *l.si eares. §.fin.ff.de actionibus empti*, ibi: *Is ex nobis tuendus est, qui prior ius apprehendit, hoc est, cui primum tradita est.* Comprobat ex pluribus Ant.Gomez *de emptione, & vendit. num.20.* donde dize, que la razon fundamental desto es, porq̃ *facta traditione translatum est dominium, & plenum ius, mediante titulo & traditione*: consonat text. in *l.50. partit.5. tit.5.* vbi Hermosill.*gloss.1.* infinitos refert.

43 Y en la materia judicial, donde tambien incide la question de la preuencion, y preocupacion entre dos Iuezes, se duda, si preuiene el que cita verbalmente, o el que cita real-

mente

mente prendiendo al Reo, etiam aunque ſea la priſion poſterior a la citacion verbal? Y eſto ſe funda en que *fortior eſt actus facti, quàm verbi*: vt tradit Guido Pap. *deciſ.202.n.4.* & ex pluribus comprobat Carlebal *de iudicijs, lib.1.tit.1. diſp.2.q.7.ſect.3.num.881. & 883.* Y auiendo referido las opiniones de vna y de otra parte, en el num. 886. reſuelue la queſtion en fabor del que preuino realmente, y dize, que en Caſtilla no es dudable, porque lo determina aſsi la *ley 10.tit.13.lib.8. Recopil.* y que eſto es mas vtil a la cauſa publica, *vt iudices maiorem adhibeant diligentiam capiendis delinquentibus, ſi ſciant ſe nõ eſſe compellendos, vt ſemel captos ad alios iudices remittãt, quaſi oleum, & operam in eorum capturam perdituri, ſed ſi reos capiant, neque cognitionem delicti, neque punitionem illis auferendam*: y eſte ſimil quadra mucho à los terminos deſte pleyto, porque el fruto deſte Albaceazgo, y la vtilidad que auian de ſacar del los Albaceas, demas del legado de los dos mil reales, era tener arbitrio y elecciõ en elegir las obras Pias, y vſar de la Facultad que el Teſtador les dio para ello, y aſsi concedio eſta Facultad, y dio el legado a los Albaceas, que puſieſſen cobro en ſus bienes, que los vendieſſen, que pagaſſen todas ſus mandas, y cumplieſſen ſu Teſtamento, y el remanente que quedaſſe lo conuirtieſſen en obras Pias a ſu diſpoſicion, y eſte fue el premio que les dio por ſu trabajo y cuydado, y por eſte premio, y por vſar deſte arbitrio, y gozar del legado anduuieron tan cuydadoſos y ſolicitos los Albaceas, que puſieron cobro en los bienes, y pagaron todos ſus legados, y adminiſtraron de manera, que quando el Teſtador eſtuuo dudoſo ſi tẽdria remanente aun para fundar la Salue, ellos lo diſpuſierõ de ſuerte, que huuo para fundar la Salue, y ſobrò remanente para fundar dos obras Pias tan grandes como fundaron: la vna, de caſamiẽto de donzellas en la Caſa Pia: y la otra, la limoſna al Conuẽto del Eſpiritu Sãcto para hazer Igleſia.

44 Y no es juſto quiera Iuan Anſen lleuarſe el fruto deſte Albaceazgo, y hazer la eleccion de las obras Pias, auiendoſe eſtado en ſu caſa, ſin poner mano en coſa de trabajo, ni ſaber ſi auia remanente, o quanto era, pues dexò a los otros Albaceas con toda la carga y cuydado, y las quentas; eſto ni cayò en la mente del Teſtador, ni lo

insinua su disposicion, y contiene injusticia notoria, y milita en estos dos Albaceas lo mismo q̃ procede en los Iuezes, pues justamente se prefiere el que aprehẽde en premio del trabajo de su cuydado y solicitud; aunque la citacion verbal aya sido anterior: y assi no es dudable q̃ en este caso preocuparon Guillen Clud, y Iaques Chauin, por la aceptacion y aprehension de los bienes; y la execucion del Testamento, y esta es preuencion verdadera y real, quæ consistit in facto: y el acto que hizo Iuan Anſen no fue preocupacion, porque fue posterior a todo, y vn acto verbal, que no concurre ni puede concurrir con la preocupacion real y efectiua de los otros Albaceas.

45 Y contra esto no obsta dezir; que en la disposiciõ del remanente, que es la que se auia de conuertir en obras Pias, el preuino primero, porque cõuirtiò y aplicò: Porq̃ demas de lo que se ha dicho, esto en el hecho no es cierto, porq̃ aũque parece anterior la aplicacion de Iuan Anſen por la fecha de la escritura, la verdad es, que la aplicacion de los dos Albaceas fue anterior; porque fue por Enero de 637. y no se otorgò entonces la escritura, porque se diò cuenta al Prouincial, y se le pidio licencia, y aunque la enbiò, despues se esperò a que viniesse: y teniẽdo noticia de esto Iuan Anſen hizo la aplicacion, y esto està probado bastantemente: y aunque se pretẽde impugnar la probãça, ponderamos vna cosa, que la haze cierta y verosimil, porque la Patente de la licencia que està inserta en la escritura se diò en Madrid a 30. de Abril de 637. y en ella se haze relacion como el contrato estaua ya ajustado, y la escritura no se otorgò hasta Mayo, conque se prueba bien que el ajustamiẽto se auia hecho mucho antes del mes de Abril, pues verosimilmẽte era menester todo el tiẽpo desde Enero, y antes, para conferir la materia, y dar quenta al Prouincial, que estaua en diferentes partes, hasta que vino a Madrid, donde despachò la Patente en 30. de Abril, y en 10. de Abril hizo la aplicacion Iuan Anſen: de manera, que no huuo mas de 20. dias hasta la patente, y ya se ve que en tiempo tan corto no se pudo ajustar, ni consultar vna cosa tan grande, sino mucho antes, en que era precisso huuiesse dilacion, como la huuo en el otorgamiento; pues se pudiera auer hecho con la

Patente

Patente, y se esperò al Prouincial hasta Mayo.

46 Pero vtcumque sit, esto importa poco, porque este acto del cumplimiento no es diuisible, porque se considera *tãquam vnum corpus*, como el Testador dixo, y es derecho vniuersal el Albacea zgo, y la herencia, pues en este caso *reputantur hæredes* los Albaceas; y por la acetacion della sucedieron *insolidum in vniuersum ius defuncti*, y adquirieron todas las acciones y derechos pertenecientes al Albaceazgo: maximê con la aprehẽsion de los bienes en que viene el *ius eligendi*, que *transit cum vniuersitate bonorum, etiam sine apprehensione*, como el derecho de Patronazgo, y otros semejantes, que se reputan por accessorios a la vniuersidad de los bienes, vt notatur in *l. quãdã 62. de adquirendo rer. domin. & in cap. ex litteris, & cap. cum seculum, de iure Patronatus*; vbi notãt communiter Scribentes, & Dom. Molina *de primog. lib. 1. c. 24. n. 7. & 18. vers. Nam quãuis*, vbi Additionatores referunt plures *nu. 5. & 6. & 7.* Guido Pap. *q. 507. nu. 3.*

47 Y no fue necessario aprehender todos los bienes; ni executar todos los actos de el Albaceazgo para adquirir el derecho vniuersal; porque basta aprehender solo vna parte, ó hazer solo vn acto para adquirirlos todos, vt probat textus in *l. restituta. ff. ad Trebellianum*: maximê siendo el derecho vniuersal, y indiuiduo, como aqui, que el Testador quiso que fuesse todo el Albaceazgo vn cuerpo. *l. 3. ff. de acquirenda possessione*, ibi: *Non ita accipiendum est, vt qui fundum possidere vellit, omnes eius glebas circumambulet, sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire dum ea manente, & cogitatione fuit, vt totum fundum vsque ad terminum vellit possideri*. Y Antonio Gomez en la ley 45. de Toro en el num. 34. dize, que la razon fundamental de este texto es, *quia cũ fundus sit vnus indiuisus, & continuus, neque habeat partes distinctas, & separatas ratione vtilitatis, & necessitatis; inductum est vt sufficiat tangere, & intrare quamlibet partem fundi; aliàs esset nimis difficile omnes partes tangere; & conueniens fuit adquisitionẽ, & possessionem totius fundi referre ad certum subiectum, vel partẽ cuius possessione apprehensa videatur quæsita in toto fundo*. Y prosigue el mismo Antonio Gomez diziendo, que en la parte que no se aprehende, no es possession ficta, como algunos

gunos quisieron dezir, sino natural y verdadera, porque el acto verdadero y natural *qui interuenit in parte fundi, & virtus, & effectus eius extẽditur ad omnes alias partes, & sic virtualiter, & extensiuè censentur aliæ partes possideri, verè & naturaliter, & non ficto modo.*

48 Esta doctrina se ajusta à los terminos deste pleyto, porq̃ aqui todo el cumplimiento del Testamento, Clausulas y legados fue vn cuerpo vniuersal, y indiuiduo, y inseparable, y se ha de reputar como el fundo, la Casa, o la Nao, vt supra diximus.

49 Ademas de que los Albaceas adquirieron este derecho vniuersal, no solo por la aprehẽsion de los bienes, sino por el exercicio de la execucion del Testamento, porq̃ lo executaron en los legados ciertos, y en los arbitrarios, porque el Testador en la primera Clausula se mandò enterrar, y q̃ le acompañaran los Clerigos que pareciesse a sus Albaceas, y deste arbitrio vsaron Guillen Clud, y Iaques Ghauin: y esto basta para auer preocupado en los legados de arbitrio, pues todos son de vna mesma calidad, por ser de execucion mixta, aunq̃ estèn en diferentes Clausulas: assi lo prueba el mismo Antonio Gomez vbi proximè nu. 42. vers. *Tertia conclusio*, donde resuelue, que basta exercer vn acto de jurisdiccion mera para adquirir possessión en todos los actos de mera jurisdiccion, por ser derecho vniuersal: y q̃ lo mesmo procede en la mixta, porq̃ por vn acto solo se adquiere derecho a todos los demas semejantes. Ita in specie tradit Oldraldus *cons. 254. n. 17.* donde se oponia la misma dificultad, de que no se podia extender el exercicio de vn acto a otro. Y responde Oldraldo: *Quod iurisdictio est vnum totum saltem iure ad cuius totius possessionem quærendam non est necesse singulos actus iurisdictionis exerceri, vt in singulas personas, sed aliquos in aliquas sufficit exerceri, animo tamen quærendi possessionem totius. Argument. textus. d. l. restituta. ff. ad Trebelli a. Sicut etiam est in re corporali ad cuius possessionis adquisitionem nõ est necesse quod quis singulas glebas circumambulet, nedũ quia hic dantur sufficientes actus meri & mixti, & simplicis iurisdictionis.* Y el mismo Oldraldo en el *cons. 172. n. 24.* resuelue la duda deste pleyto por los mesmos fundamentos que van alegados: porq̃ auiendose puesto la mesma duda en vn derecho

vni-

vniuersal como el deste pleyto, porque no constaua de el exercicio de todos los autos, dize Oldraldo, q̃ la duda pudiera proceder *in rebus diuiduis quorum vnũ est sub altero, secus aliquo iure vniuersali, quia si exerceo vnum, vel duos actus ratione vniuersalis iuris, quod mihi petẽdo cõpetere, aut illius actus exerciti subsunt, vel insunt totius vniuersalis iuris, nullo tamen altero dicenti possessionem quæro, argumento eorum quæ notantur, C. de ingenuis & manumissis l. 2. alioquin volentem probare possessionem filiationis, necesse esset discurrere per omnes actus qui debentur à patre filio, quod non videtur, sed sufficit in genere, quod parentes eum, vt eorum filium habuerunt.* Lo mismo prueba la decision de la Rota 139. *tom. 2. diuersorum, numero* 12. ibi: *Quod quando causa vtentis est vniuersalis, tunc per vnicum actum particularem adquiritur vniuersalis possessio. Et ratio est, quia magis attenditur causa actus quam ipsius actus exercitium.* Comprobat etiam Melchior Loter *de re beneficiaria, lib.* 1. *q.* 38. *ex num.* 123. *vsque* 127. latè Gratian. *disceptat.* 425. *&* 426. *per totam, præcipuè nu.* 17. 33. *&* 39. *tom.* 3. dõde resuelue, que quãdo la materia es indiuidua y vniuersal, *adquiritur possessio generalis per adquisitionem partis, quasi magis debeat attendi causa actus, quæ est vniuersalis quam ipse actus, seu illius actus exercitium, quãdo causa, & intentio vniuersalis adest in vtente, vt ait num.* 42. *cũ seqq. & disceptat.* 426. *num.* 2. *&* 5. *tom.* 3. *& in tom.* 1. *disceptat.* 113. *num.* 27. latè Socin. *tom.* 1. *consil.* 121. *ex num.* 3. *&* 4. dõde concluye, q̃ en los derechos vniuersales *per exercitium vnius actus adquiritur totum ius vniuersale.*



50 Y pues en este caso el cumplimiento de este testamẽto, y Albaceazgo fue vn cuerpo vniuersal, y indiuiduo, se ajustan estas doctrinas, para que se tẽga por adquirido este derecho vniuersal, y preocupado por Guillen Clud, y Iaques Chauin, con que quedô priuado Iuan Ansen, y no fue parte para aplicar ni elegir las obras Pias, pues esso fuera diuidir el cuerpo del Albaceazgo contra la voluntad de el Testador, que quiso que fuesse todo vn indiuiduo.

51 Y no obstarà contra esta resolucion la *l. pluribus.* 32. *ff. de procuratoribus*, que se alegô en los Estrados por los Abogados contrarios, porque este texto prueba indiuidualmẽte todo lo que emos fundado, porque dize lo mesmo que el capitulo *si duo*, y es su concordante, como lo aduierten

Bartulo, y Paulo de Castro, y los demas ordinarios en el; vt patet ibi: *Pluribus procuratoribus insolidũ, simul datis occupantis, melior conditio erit, vt posterior non sit in eo quod prior petit procurator*; este texto no habla en mandato indiuiduo y vniuersal, sino en Procuradores insolidum para vn negocio, o diferentes negocios. Y assi dize, que si vno pide, y contesta el pleyto, preocupa en aquel negocio, y no puede entrometerse el otro Procurador: y esso quiere dezir el texto, ibi: *Occupantis melior conditio erit, vt posterior non sit in eo quod prior petit procurator*; assi lo entiende la glossa ibi, dõde dize, que la preocupacion se entiende por la litis cõtestacion, non anteâ, conque supone, que los Procuradores en aquel texto fueron dados para diuersos negocios, y aũque fuessen para vno solo, tũc preocupando en aquel negocio, queda priuado el otro: assi lo aduirtiò Bartulo en la misma *l.n.*3. dõde haze distinciõ quãdo los Procuradores se dierõ ad vnũ negotiũ, vel ad plura particularia, quia tũc si dãtur insolidum, entra la preocupacion en aquel negocio q̃ se cõmençò, o contestò por el vno: y desta manera entiende la glossa de la. *l.pluribus*, y se prueba biẽ por la. l. *si pluribus*. 33. vers. *Sin autem, delegat*. 1. donde el Testador hizo legado de vna misma cosa a muchos insolidum: y duda el texto quiẽ lleuarà aquella cosa? Y resuelue, que el q̃ primero pidiò, preocupò, y serà preferido en ella, o en el precio, o como el quisiere, vt patet ibi: *Electione rei, vel pretij seruãda ei qui prior delegato siue fideicommisso litem contestatus est*: pruebalo tambien la. *l*.28. *partit*.3. *tit*.5. ibi: *Muchos Personeros puede vn home hazer en el pleyto para demandar, e responder en juyzio, o vno si quisiere: pero quando muchos fiziere, dezimos, que si dixere, o otorgà, e señaladamẽte que cada vno dellos sea Personero en todo el pleyto, entonce aquel que primeramente lo començare, es tenudo de lo seguir hasta que sea acabado, e los otros nõ se deben ende trabajar, &c.* De manera que quando son dados los Procuradores insolidum para vn negocio, el que preocupa aquel negocio, y lo comieça, excluye a los demas, y si son dados para negocios diuersos, y diuiduos, cada vno podrà preocupar en cada negocio, y entonces in eo quod prior petit, posterior procurator non erit, que es el verdadero sentido de la ley *pluribus, de procuratoribus*. Y esto tambien se prueba de la

l. 1.

l.1.§.si plures.ff.de exercitatoria actione, q̃ haze la mesma distincion, ibi: *Si plures sint magistri non diuisis officijs, quodcumq; cum eo gestum erit, obligauit: si diuisis, vt alter locando, alter exigendo pro cuiusque officio obligabitur exercitor*. Y en este texto los prepuestos fueron dados insolidum, secundum Bart. & Baldum, & Angel. *in d.l.pluribus, & tradit gloss.2.in.d.l.18. tit.5.partit.3.* assi se entiende tambien la ley *creditor.§.duobus ff.mandati*, que se alegò tambiẽ en los Estrados, porque este texto no habla en preocupacion, sino en Procuradores insolidum que administraron: y se dudò *an vnusquisque mandati iudicium insolidũ teneatur?* Y responde el Consulto: *Quod vnusquisque pro solido cõueniri debet*: y aqui la glossa, verbo, *Pro solido*, dize: *Quod ille priùs conueniatur qui gessit de eo quòd gessit*.

52 Y supuesto que en este caso el cumplimiento del Testamento, y del Albaceazgo, fue vniuersal, indiuiduo, y inseparable, y todo vn cuerpo, como el Testador lo dixo, y el poder que les dio fue tambien vniuersal y indiuiduo para todo el cumplimiento, no es dudable que el que preocupô en el cumplimiento, adquiriò el derecho vniuersal insolidum, y quedarõ excluydos los demas, como aduierte la ley de Partida, *tit.5.partit.3.* ibi: *Cada vno dellos sea Personero en todo el pleyto*: aquella palabra, *todo*, lo haze indiuiduo y inseparable, como aqui lo dixo el Testador, pues vsò del mesmo termino, y dixo, que todo el cumplimiento fue todo vn cuerpo, y assi no es diuisible, ni lo puede ser, porque para serlo era necessario que el Testador huuiesse diuidido la Administracion, o el Iuez, o que los mesmos Albaceas la huuiessen diuidido entre si por mas comodidad, y mejor espedicion del Albaceazgo, como lo resuelue Gratiano en la *disceptacion 89.n.13.tom.1.* hablãdo en la Administracion de los Tutores. Y en el nu.27. dize, q̃ aũque se diuida entre ellos, *vt bona commodius administrentur: tamen ius administrationis non est diuisibile: quia est vniuersale, & iurisdictionis, quia ius tutelæ est indiuiduum, & insolidum apud quemlibet tutorũ, & quoad effectum iuris, nil immutatur per dictam diuisionem administrationis*. Probat textus expressus in *l.inter tutores 36.ff.de administr.tutor.* ibi: *Nam diuisio tutoris, quæ non iuris, sed iurisdictionis est modum administrationi facit.*

Lo mifmo prueba la ley *fi diuifio administrationis, per totam,* *C. de diuidenda tutela*: y pues en efte cafo la Adminiftracion del Albaceazgo no fe diuidiô por la Iufticia, ni por el Teftador, antes fe vniò: ni tãpoco fe diuidiô por los mefmos Albaceas, quedò entero, e indiuiduo el *ius executionis, & administrationis* en cada vno infolidum, *vniuerfaliter* en todo el cumplimiento, y el que preocupò con qualquier acto, lo adquiriô en todo, *tanquam vnus corpus integrale*, y afsi no ay que atender al exercicio de los actos particulares, vt ex innumeris latê Pofthio *de manutent. obferuat. 73. ex nu. 130. vfque 143. & num. 165. vfque 168.*

TERCERO FVNDAMENTO.

Que Iuan Anfen no cumplio la voluntad del difunto.

53 AVnque fe concedieffe, fin perjuyzio de la verdad, que Iuan Anfen tuuo facultad y poteftad de Albacea, la aplicacion que hizo no fe debia executar, porque no fue conforme a la voluntad del Teftador, imo contraria, y afsi fue tanquam fi non effet: y efto fe prueba porq̃ el Teftador mandò que el remanente de fus bienes fe conuirtieffe en obras Pias, y lo que Iuan Anfen hizo no fue obra Pia, porq̃ aplicò el remanente a los Confules de las Naciones, para que lo empleaffen en renta cierta y fegura, y con ella fe cafen todas las donzellas que alcançare cada año, prefiriendo las hijas de los Flamencos y Alemanes, y a falta de ellas fe cafen las donzellas que eligierẽ los Confules y Mayordomos, dandoles a cada vna la cantidad q̃ les pareciere.

54 El legado o cantidad dada para cafar donzellas, no es obra Pia, fino es que fe dexa, ò dà à donzellas pobres, fic tenet Tiraquellus *de priuilegijs piæ caufæ in præfatione*, *folio 9.* verf. *Item cum dos*, donde dize: *Quod legatum dotis, non eft piũ, nifi relictum eft pauperi.* Y lo prueba de Baldo, y otros muchos que cita, y en particular de la gloffa en la le y *tali, in principio, de iure dotium*, que dize: *Quod de legato facto caufa dotis detrahitur falfidia, quia dos fimpliciter refpectu ipfius, non eft pia caufa: nã fi effet huiufmodi ex ipfius legato nõ detraheretur falfidia.*

Tenet

Tenet etiam Bart. *in l. cum ijs. §. si mulier ff. de conditione indebiti*: y aunque parece que el texto prueba lo contrario, responde Tiraquello, que alli no se tuuo la causa por Pia, por ser de dote, sino porque fue piadosa respectu donantis, & non dotis, vt ex pluribus comprobat Tiraquellus vbi proximè. Lo mismo dize el señor Gregorio Lopez *in l. 4. tit. 11. partit. 6. gloss. 2. circa finem*, donde dize: *Quod pia causa non est maritare virgines*, sino son pobres, y lo prueba de Baldo Nouello *in tractatu de dote, fol. 7. colum. 7.* Y dize tambiē, que el legado hecho para redimir Cautiuos, y sacar Presos de la carcel no es pio, sino es que se dexa para redimir Cautiuos, y sacar Presos pobres: pruebalo expressamente la ley 12. *tit. 28. Partit. 3.* ibi: *Que lo despendiessen en obras de Piedad, assi como en dar a comer, e a vestir a los Pobres, en fazer criar los guerfanos, en casar las virgenes pobres, para desviar las que con la pobreza no ayan de ser malas mugeres*: y aqui la gloss. 7. dize assi: *Habes hic quod maritare virgines pauperes dicitur pia causa*, Y entiende desta manera *dictam legem cum ijs. §. mulier ff. de conditione indebiti*, hoc est, que alli el legado o donacion de la dote fue hecho a Pobres, conque le dà otra inteligēcia a esto texto, que la que le diò Tiraquello. Prueba esto mismo el señor D. Josephe Vela en la Dissertacion 14. *nu. 46.* donde va probando, que el conocimiento de la execucion de los Testamētos toca al Iuez Eclesiastico, no solo en los legados Pios, sino en los profanos. Y pone el exemplo en pleyto que se siguiò ante el Iuez Eclesiastico, donde se procedia contra vn heredero que pagasse vn legado que se auia dexado a vna parienta por su dote, y se querellò por via de fuerça de conocer, y proceder, por ser legado profano en la Chancilleria, y se declarò que no la hazia.

55 Y en efeto esta es doctrina comun, que todos los que hablan deste legado pro maritandis virginibus, dizen que es Pio, y que no se puede comutar, y que tiene otros Priuilegios que hablan en legado para casar donzellas pobres, y assi se ha de entender. Perez de Lara de Capellanijs, *cap. 21. num. 10.* porque alega a Baldo, Iuan Gutierrez, y a otros, que hablan en legado de donzellas pobres, y entonces dizē que es Pio, vt ait Gutierrez *cons. 21. num. 8. & 11.* ex pluribus tenet Dom. Valençuela Velazquez *tom. 2. cons. 132.*

*num.*10.Tuſcho *littera L. concl.*106.*num.*6.7.11. & 12.

56 Y pues la aplicacion que hizo Iuan Anſen no fue para caſar dōzellas pobres, no fue obra Pia, ſino darles eſte remanente a los Conſules y Mayordomos para que caſaſſen las donzellas que ellos quiſieſſen, y les dieſſen la dote que les pareciesse, con que ſe echa de ver que les quiſo hazer gracia y donacion deſte remanente.

57 Lo otro, que tampoco cumpliô la voluntad del Teſtador, aunque la aplicaciō fueſſe obra Pia (que ſe niega) porq el Teſtador mandô, q ſe conuirtieſſe en obras Pias. Y aunq es verdad que es diſputable ſi ſe puede dar a vna obra Pia quando el Teſtador hablò en plural, como aqui ? aut ècontra, ſi ſe puede dar a muchas quando hablò en ſingular ? no nos embaraçamos en eſta queſtion, porque aqui ſolo ſe trata de ver ſi fue mas conforme a ſu voluntad hazer muchas obras Pias, o vna ſola, y pues hablò en plural el Teſtador, y los dos Albaceas diuidieron el remanente en dos obras Pias: vna, la que ſe hizo en dar la limoſna a la Caſa del Eſpiritu Sancto para hazer Igleſia, en q no puede auer duda: y otra, en los 2U500. ducados que dieron a la Caſa Pia para caſar dos donzellas pobres cada año, en q tāpoco puede auer duda de que es obra Pia, no es dudable ſino que ſe ajuſtaron mas a la voluntad del Teſtador q Iuā Anſen, pues no fundô mas de vna obra Pia aun quando lo fueſſe.

58 Tambien ſe opone, que fue contra la voluntad del Teſtador el dar limoſna al Conuēto del Eſpiritu Sancto, porq no ſe acordô el Teſtador del aunque dexô muchas limoſnas a Conuentos, y ſe acordò de hazer muchos legados à donzellas y viudas.

59 Pero a eſto ſe reſponde, que el Teſtador no moſtrò inclinaciō a las obras Pias in ſpecie, ſino in genere, y la eleccion de las obras Pias la cometio libre y abſoluta, como eſtà dicho, y aſsi pudierō elegir las que les parecio, y no huuo coſa mas conforme a la voluntad del Teſtador que la limoſna del Conuento del Eſpiritu Sancto y por el meſmo caſo que no ſe acordò del ſe le pudo hazer la aplicacion de la limoſna del remanente: & ècontra, q por auerſe acordado de la Caſa Pia, y mandadole 200. ducados, no ſe le pudo aplicar nada del remanente, como hizo Iuan Anſen, que

lo

lo dexò todo a la Casa Pia, y al arbitrio de los Consules. Esto se prueba bien de la ley 3. tit. 10 partit. 6. que pone este mesmo caso, vt patet ibi: *Si el tal fazedor del Testamento mādasse dar a personas ciertas de lo suyo algunas cosas señaladas, o cierta quantia de marauedis, e todos los otros bienes que huuiesse, dexasse en mano de alguno que estableciesse por su Testamentrio, otorgandole Poder, que el segun su aluedrio los partiesse: Tal Testamentario como este non puede dar mas a ninguna de aquellas personas ciertas de quanto el le mandò dar señaladamente en su Testamento, maguer viesse el que alguno dellos era muy pobre, e seria bien darle mas de aquella que le auia mandado el Testador, comoquier que puede partir los otros bienes que dexò en su poder el Testador entre las otras personas que non son señaladas e lo hā menester, assi como el lo touiere por bien.*

60 Desta ley se prueban dos cosas indubitables: la vna, que por no auerse acordado del Conuento del Espiritu Sancto no quedò excluydo para que los Albaceas le pudiessen aplicar limosnas del remanente, pues tuuieron arbitrio libre en la eleccion de las obras Pias: la segunda, que por el mesmo caso q̄ le dexò a la Casa Pia 200. ducados, no se le pudo dar nada del remanente.

61 Y no obstarà dezir, que no se le dio sino al Patronato q̄ se fundò para casamiento de donzellas; porque expressamente dize la aplicacion de Iuan Ansen, que se lo dà a la Casa Pia, y a los Consules y Mayordomos, para que lo den a las donzellas que quisieren, y la cantidad que quisieren: la Casa Pia, es lo mesmo que los Consules y Mayordomos, pues la Casa Pia no tiene persona, ni cuerpo, ni es mas que aquella Congregacion y Iunta de los Flamencos y Alemanes, que gouiernan la haziēda; y assi lo mesmo fue dexar 200 ducados a la Casa Pia, que dexarlos a los Mayordomos, para que lo conuiertan en el Culto Diuino: y lo q̄ hizo Iuan Ansen fue dexarles el remanēte, aunque cō diferēte fin, q̄ fue paraq̄ pudiessen casar a sus hijas y pariētas, o conocidas, y darles la cantidad que quisieren, aunq̄ sean ricas, porque todo esto cabe en la Facultad tan amplia que les dio Iuan Ansen. Y la disposicion que hizieron los dos Albaceas, fue limitada a donzellas pobres, hijas de Flamencos en segundo grado, conforme a las Ordenanças de la

Capilla,

Capilla, y assi nunca tendran arbitrio ni disposicion los Consules y Mayordomos, y por esto impugnan tanto la aplicacion de los dos Albàceas, por quedarse en el remanẽte, y hazerse dueños del, como lo dispuso Iuan Ansen, y darlo a quien quisieren, porque no fundò el Patronato para casar donzellas Flamencas principaliter, sino para las q̃ quisieren los Consules, prefiriendo a las Flamencas, con q̃ les dexò vn pleyto para cada dote, pues abràn menester pedir prelacion siempre que se ofrezca.

62 Tambien se opone que Guilen Clud y Iaques Chauin ofrecieron a la Capilla fundar el Patronato, y que despues mudaron parecer por vn enojo. A que se responde, que esto no està probado, y quando lo estuuiera cumplieron el ofrecimiento, pues aplicaron 2U500. ducados para casamiento de Flamencas: y aunque no lo huuieran hecho, pudierõ elegir las obras Pias que quisieron, pues tuuieron libre arbitrio: y aunque huuieran ofrecido, ò elegido, pudierõ variar, vt tradit Thomas Sanchez *dub. 64. lib. 4. cap. 1. consiliorum.*

QVARTO FVNDAMENTO.

Que la duda deste pleyto està determinada por el Eclesiastico.

63 ESta question de qual es mejor obra Pia, y mas conforme a la voluntad del Testador, y todo lo que pretenden las Naciones, no es de este juyzio, sino del juzgado Eclesiastico, donde se pidio la quenta deste Testamento, y se presentaron las adjudicaciones que hizieron los dos Albaceas, y la que hizo Iuan Ansen, y se aprobaron las de los dos Albaceas, y su quenta, y fueron dados por libres: y aquel pleyto se començò por el año de 643. antes que se hiziessen las adjudicaciones, ni se començasse este pleyto. Y no es dudable que el Iuez de Testamentos es competente para esta materia, y aun priuatiuo en lo tocante a obras Pias. Y quando no se conceda mas sino que este conocimiento es mixto en que se dà preuencion, vt constat ex iuribus, quæ cumulauit el señor Don Ioseph Vela *dissert. 14. num. 45. & 46.* donde refiere decisiones desta Real Audiencia,

cia,

cia, y de la de Granada: basta para q̃ no se pueda introduzir en este fuero este pleyto por defecto de jurisdicion, pues esso obra la preuencion, vt supra diximus, y las Naciones debieran acudir al pleyto Eclesiastico, y apelar de la sentẽcia, pues aqui no se puede reuocar ni determinar lo contrario de lo que está determinado por el Iuez Eclesiastico cõpetente, pues este no es Tribunal de apelacion de aquel. Ademas que la sentencia del Eclesiastico fue justa, por los fundamentos que se han referido: y dado caso que Iuan Ansen tuuiesse potestad de Albacea, no es dudable que no tuuo preuencion, ni preocupacion; y lo mas que pudieran pretẽder las Naciones, es, que no quedô priuado de Albacea: con lo qual estamos en terminos de tres Albaceas in solidum, que discordan en la eleccion de las obras Pias: y en este caso se ha de estar a lo que haze la mayor parte de los Albaceas, y el conocimiento y declaracion de las obras Pias toca priuatiuamente al Iuez Eclesiastico, vt ex Matienço, Spino, Peralta y otros trae tradit Thomas Sanchez *lib. 4. consiliorũ cap. 1. dub.* 44. donde propone la duda en el *num.* 12. *y* 13. y la resuelue en el *dub.* 45. *num.* 1. *&* 3.

64 A que no obstarà dezir, que esta declinatoria quedò vẽcida, pues sin embargo de auerse alegado por los Albaceas se les mandô respõder, porque ya se sabe que las excepciones que se oponen in vim peremptoriæ, se pueden oponer in vim peremptoriæ: maximè que alli se opuso esto para no responder a la demanda y aora se opone para que se dên por libres los Albaceas, y assi son diferẽtes los fines; demas de que aquel fue vn articulo expediente sin conocimiento de causa, y aora le ay, y no quedò vencido el articulo de la jurisdicion, ni se disputò del como se debiera.

QVINTO FVNDAMENTO.
Que no ay accion contra Guillen Clud, y Iaques Chauin.

65 QVando todo lo que se ha dicho cessàra, supuesto que los dos Albaceas han elegido las obras Pias, y entregado el dinero para ellas a la Casa Pia, y al Conuento del Espiritu Sancto, se les transfirio el dominio y la

possession del, por la entrega que los Albaceas le hizieron, y lo pudieron transferir por el poder tan amplio que tuuieron del Testador, y por reputarle por herederos, como si el mismo Testador lo huuiera entregado, vt in specie lo resuelue Galeota *controuers.32.lib.2.per totam, præcipuè num. 6.& 18. vsque in fin.* Ant. Gom. *variar.tom.1.cap.12.num.12.* y quando huuiessen hecho mal, ni huuiessen guardado la forma del Testador, ni conformadose en todo con su voluntad, basta auer cumplido por mayor eligiendo obras Pias, que es lo que el mandó, para que no pueda auer acciõ alguna contra ellos, para que restituyan el dinero que adjudicaron a obras Pias, y entregaron con efecto: *quia iam satisfactũ est testatoris voluntati*, con auer conuertido en obras Pias, *licet malè fecerint*, supuesto que el Testador no eligiò quales. Sic tenet & distinguit in terminis ipse Thomas Sãchez *lib.4.consil.cap.2.dub.num.18.per totum omnino videndũ.* Y assi esperamos se confirme la sentencia del Acompañado, de que vino apelado. Et ita speramus, saluo, &c.

Lic. Don Lorenço del Castillo y Gallegos.

